

Conférence n°8 : Techniques d'internationalisation des droits (2) : Mécanismes de rapprochement

L'exemple du droit européen des contrats

Documents

1. C. WITZ, « La longue gestation d'un code européen des contrats – Rappel de quelques initiatives oubliées », *RTD Civ.*, 2003, n°3, pp. 447-454 (extraits)
2. B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales », *Recueil Dalloz*, 2007, n°2, pp. 96-103 (extraits)
3. Résolution du Parlement européen, 7 septembre 2006, Strasbourg, P6_TA(2006)0352, (extraits)
4. G. CORNU, « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », *Rec.Dalloz*, 2002, n°4, pp. 51-352
5. T. KADNER GRAZIANO, « Le futur de la codification du droit civil en Europe : harmonisation des anciens Codes ou création d'un nouveau Code ? », 2004, 16 p., disponible sur : <http://www.unige.ch/droit/transnational/docs/Codification.pdf> (extraits)

Bibliographie additionnelle :

- D. BLANC, J. DEROULEZ, « La longue marche vers un droit européen des contrats », *Recueil Dalloz*, 2007, n°23, pp. 1615-1623
- X. BLANC-JOUVAN, « Les travaux de l'Académie des privatistes européens et le code européen des contrats », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2009, n°1, pp. 187-191
- M. J. BONELL, « Unidroit Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law », *Uniform Law Review*, 2004, n°1, pp. 5-40
- P. DEUMIER, « L'utilisation par la pratique des codifications d'origine doctrinale », *Recueil Dalloz*, 2008, n°8, pp. 494-499
- B. FAUVARQUE-COSSON, « Faut-il un Code civil européen ? », *RTD Civ.*, 2002, n°2, pp. 463-464 ; « Droit européen des contrats : première réaction au plan d'action de la Commission », *Recueil Dalloz*, 2003, n°18, pp. 1171-1173 ; « Droit européen des contrats : les offres sont faites, les dés non encore jetés », *Recueil Dalloz*, 2008, n°9, pp. 556-557
- J. HUET, « Nous faut-il un « euro » droit civil ? Propos sur la communication de la Commission concernant le « droit européen des contrats », et, plus généralement, sur l'uniformisation du droit civil au niveau européen », *Recueil Dalloz*, 2002, n°34, pp. 2611-2614
- O. LANDO, « L'avenir du droit des contrats », *Recueil Dalloz*, 2008, n°13, p. 904
- Y. LEQUETTE, « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar », *Recueil Dalloz*, 2002, n° 28, pp. 2202-2214
- A. MARAIS, « Le code européen de la consommation, premier acte du code européen des contrats », *Revue des contrats*, 2007, n°3, pp. 901-905
- S. NADAUD, *Codifier le droit civil européen*, Larcier, Bruxelles, 2008, 464 p.
- C. PRIETO (dir.), *Regards croisés sur les principes de droit européen du contrat et sur le droit français*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2003, 581 p.
- P. REMY-CORLAY, « Traité de Lisbonne et Projet de Cadre commun de référence en droit privé européen », *RTD Civ.*, 2008, n°2, pp. 258-264
- D. STAUDENMAYER, « Un instrument optionnel en droit européen des contrats ? », *RTD Civ.*, 2003, n°3, pp. 629-644
- F. WERRO (dir.), *L'eupéanisation du droit privé : vers un code civil européen ?*, Ed. universitaires, Fribourg, 1998, XVI-526 p.
- C. WITZ, « Plaidoyer pour un code européen des obligations », *Recueil Dalloz*, 2000, n°5, pp. 79-83

Ordre du jour

- Compétence d'attribution ; base juridique ; mandat ; codification doctrinale ; harmonisation ; méthode du plus petit dénominateur commun ; instrument législatif ; Cadre Commun de Référence.
- Rechercher les différents projets de droit européen des contrats.
 - Comparer les méthodes utilisées dans les différents projets de droit européen des contrats.

Sujets d'exposé

- Pour ou contre un code européen des contrats ?
- Dans quelle enceinte et selon quelle méthode élaborer un droit européen des contrats ?

1) C. WITZ, « La longue gestation d'un code européen des contrats – Rappel de quelques initiatives oubliées », *RTD Civ.*, 2003, n°3, pp. 447-454 (extraits)

S'il est un débat qui passionne aujourd'hui la communauté française des juristes, à l'image des discussions qui ont cours dans les autres pays de l'Union européenne, c'est bien celui relatif à un éventuel code européen des contrats. Depuis la fameuse communication de la Commission de l'Union européenne au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen du contrat, en date du 11 juillet 2001, les prises de position se multiplient en France et toute la palette d'opinions, allant d'une franche hostilité à un accueil mesuré, ont fleuri dans les revues juridiques.

Pourtant, l'idée d'un code européen des contrats est ancienne. Le présent article a pour objet de rappeler quelques initiatives prises en faveur d'un Eurocode des contrats, au cours du siècle écoulé. Il est dommage qu'elles soient largement oubliées. Les rappeler est aussi rendre hommage à de grands maîtres de l'Université française qui ont soutenu l'idée d'un code européen des contrats.

Il serait assurément excessif d'appeler à la rescousse d'un Eurocode les mânes de Raymond Saleilles et d'Edouard Lambert, de remonter ainsi au 1er Congrès international de droit comparé, qui s'est tenu en 1900 à l'occasion de l'Exposition universelle, et de rappeler le vieux rêve des comparatistes en faveur d'un droit commun à l'humanité civilisée.

La première initiative concrète en faveur d'un Eurocode remonte à la période postérieure à la Première guerre mondiale au cours de laquelle des universitaires français et italiens se sont attelés à la préparation d'un Code des obligations et des contrats commun à la France et à l'Italie. D'autres initiatives louables ont été prises au lendemain de la Seconde guerre mondiale [...].

LES INITIATIVES PRISES DURANT LA SECONDE MOITIE DU 20^e SIECLE

Des tentatives de réactiver le projet franco-italien de 1927 ont eu lieu au lendemain de la Seconde guerre mondiale. Mais ces tentatives n'émanent pas des pouvoirs publics. L'Italie avait désormais un nouveau code civil et l'on prépara, en France, une réforme d'ensemble du code de 1804. Rappelons qu'une commission de réforme fut instituée en 1945 et qu'elle devait siéger jusqu'en 1964, sans que ses travaux aient pu aboutir.

L'initiative en vue de réanimer le projet franco-italien et de l'élargir à d'autres pays européens a été prise par l'Association Henri Capitant des Amis de la culture juridique française, à l'occasion de ses Journées annuelles en Italie, qui se sont déroulées à Pavie et à Milan du 10 au 13 septembre 1953. Deux thèmes de réflexion sont proposés aux Congressistes, le premier étant « l'intérêt d'actualité du projet de code franco-italien des obligations ». Le professeur Mario Rotondi se déclare partisan de la reprise de ce projet. Plusieurs rapporteurs et intervenants se sont demandés pourquoi il conviendrait de limiter l'uniformisation à ces deux pays. C'est ainsi que sur la proposition du recteur belge Charles Baugniet, le principe d'une commission chargée de préparer un code commun des obligations, composée de juristes français, italiens, belges, hollandais, suisses et allemands est approuvé à l'unanimité par l'Assemblée Henri Capitant. Cette délibération n'a pas été mise en application, même si elle a eu un grand impact dans les esprits durant les années 50.

Ainsi, le doyen Léon Julliot de La Morandière, en tant que président de la Commission de réforme du code civil, s'y réfère dans son premier rapport au Garde des Sceaux en date du 20 décembre 1953 : « Déjà, des juristes belges, italiens, français, luxembourgeois, suisses, réunis à Milan l'été dernier, ont réclamé un code des obligations commun à leurs différents pays. Leur voix sera sans doute, je le souhaite personnellement, écoutée un jour prochain ». Et dans son rapport, le président de la Commission de réforme du code civil se montre partisan d'une unification à l'échelle européenne du droit des obligations en écrivant : « Depuis longtemps la pratique et les juristes souhaitent l'unification du droit privé [...]. Il sera difficile de faire accepter, même à des pays de civilisation semblable, tout un code civil commun ; chacun des peuples est attaché à ses traditions de famille, à son régime des successions, peut-être aussi à son régime de la propriété. Mais l'unification semble devoir être plus facile sur le terrain des obligations et des contrats. Là, le fonds commun, venu en grande partie du droit romain et du droit canonique, est plus sensible ; les principes adoptés sont à peu près les mêmes. Seuls les procédés techniques diffèrent. Mais nous sommes convaincus que les nécessités de la vie des affaires l'emporteront ici ».

Puis viennent les années charnières marquées par le Traité de Rome de 1957, le retour du Général de Gaulle et la création de la Ve République.

La Commission de réforme du code civil siège toujours. Sa dernière réunion se tiendra le 6 février 1964. Dans son second rapport au Garde des Sceaux, Edmond Michelet - rapport daté du 1er mars 1961 et qui devait être le dernier -, le doyen Léon Julliot de La Morandière met l'accent, non sans quelque lassitude et découragement, sur le travail considérable que doit encore fournir la Commission, puisqu'il reste à régler la partie du code civil concernant la propriété et les droits réels, celle qui concerne les obligations et les contrats, tout comme celle qui réglementera les personnes morales, civiles et commerciales. Le président de la Commission émet le voeu d'une transformation des méthodes de travail de la Commission et s'interroge sur la réforme du droit des obligations et des contrats, en ces termes : « Ne faut-il pas tendre vers un code commun des obligations et des contrats ? La France, au lieu de songer à refaire seule la partie de son code relative aux obligations et aux contrats, ne devrait-elle pas prendre l'initiative de proposer, au moins aux pays signataires du Traité de Rome, une conférence internationale en vue de l'élaboration de règles uniques ? [...] C'est là une question qui, évidemment, n'est pas de la compétence du président de la Commission de réforme du code civil, mais celui-ci se devait d'attirer, Monsieur le Garde des Sceaux, votre attention sur un point qui lui paraît capital ».

Un peu plus tard, le gouvernement de Georges Pompidou met en chantier d'importantes réformes du code civil,

en droit des personnes et de la famille. Grâce à une volonté politique forte et à l'aide de la plume d'un universitaire hors pair, le code civil français abrite un code moderne de la famille qui s'intègre harmonieusement dans le vieux code de 1804. Le doyen Jean Carbonnier nous révèle pourquoi, lorsque le programme de révision de pans entiers du code civil a été entrepris dans les années 1962-1964, le titre III du livre troisième du code civil n'a pas été réformé : « En 1962-64, faisons-en la confiance, quand fut entrepris un travail de réécriture sur le code civil, si la matière des obligations fut laissée de côté au bénéfice du droit de la famille, on en donna pour argument que cette matière pourrait, dans un avenir abordable, faire l'objet d'une unification européenne ». L'appel du doyen Julliot de La Morandière semble ainsi avoir été entendu. Et le doyen Carbonnier poursuit : « Il ne semble pas que, depuis vingt ans, la perspective se soit beaucoup confirmée ». Ainsi, la perspective d'une unification européenne du droit des obligations n'était pas considérée, par le gouvernement de Georges Pompidou, sous la présidence du Général de Gaulle, comme relevant du domaine des chimères ou une entreprise intrinsèquement dangereuse [...].

2) B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales », *Recueil Dalloz*, 2007, n°2, pp. 96-103 (extraits)

Plus le droit est fragmenté et plus la codification, au sens noble du terme, apparaît nécessaire. Elle répond alors non seulement au besoin d'un meilleur accès à la règle de droit - ce que permettent aussi les codifications qui ne font que rassembler des textes -, mais également au souci de rationalisation du droit. Identifier de grands principes, ordonner des règles de manière cohérente et complète autour de ces principes, tel est le travail du législateur, souvent précédé dans cette tâche par la doctrine, réputée expert indépendant.

En droit des contrats, les codifications doctrinales les plus célèbres sont les Principes du droit européen du contrat (ci-après dénommés Principes européens), les Principes d'Unidroit pour les contrats commerciaux internationaux (ci-après dénommés Principes Unidroit), l'avant-projet de code européen des contrats élaboré par l'Académie des privatistes européens constituée à Pavie en 1990 (texte qui présente l'originalité d'avoir été rédigé en français par le professeur Gandolfi, initiateur du projet). A ces codifications, qui mettent en place un vaste système de normes juridiques, s'ajoute désormais l'avant-projet français de réforme de droit des obligations et de la prescription, devenu modèle doctrinal, en France et même en Europe. L'avantage de ces codifications, indépendamment de leur contenu substantiel, réside dans leur caractère très accessible puisqu'elles sont publiées et diffusées sur internet. Or, l'accessibilité du droit est une exigence universelle : c'est même, en France, un objectif à caractère constitutionnel. De ce point de vue, en droit européen et international des contrats, les codifications doctrinales présentent une réelle supériorité sur d'autres sources de droit, telle la *lex mercatoria*, dont les contours et la teneur sont difficiles à cerner.

En raison de leur origine savante, ces codifications ne prennent pas rang parmi les normes internationales ou européennes dont le statut est formellement supérieur à celui des sources internes. En réalité, elles ne s'intègrent dans aucune des catégories traditionnelles de notre système de sources. La codification d'origine doctrinale, « objet juridique non identifié », est reléguée dans la catégorie des sources inférieures en raison de son caractère privé. Encore faut-il nuancer ce propos. Ainsi, la Commission européenne a en partie financé les Principes européens ; quant aux Principes Unidroit, ils sont élaborés sous l'égide de l'Institut international pour l'unification du droit privé, une organisation intergouvernementale indépendante, créée en 1926 comme organe auxiliaire de la Société des Nations, puis reconstituée par accord multilatéral après la dissolution de la SDN. Cet institut, dont le siège est à Rome, étudie les moyens d'harmoniser ou coordonner le droit privé d'Etats ou de groupes d'Etats afin de préparer graduellement l'adoption par les divers Etats de règles uniformes de droit privé. Contrairement aux autres textes élaborés par Unidroit, les Principes Unidroit ne constituent pas un traité proposé à la ratification des Etats.

Ces codifications évoquent la technique américaine des *Restatements* (plus spécifiquement du *Restatement 2nd of the Law of Contracts*), oeuvre entreprise par l'*American Law Institute*, société privée savante, ceci afin de remédier à l'incertitude et au manque de clarté du droit en raison du volume croissant de décisions judiciaires. Comme les *Restatements*, elles ne possèdent qu'une autorité persuasive et se présentent en la forme d'articles assortis de commentaires. Sur le fond du droit, une différence essentielle doit toutefois être relevée : tandis que les *Restatements* reflètent le droit positif des Etats d'Amérique du Nord, les Principes ne s'inspirent qu'accessoirement des solutions de droit positif. Leur objectif est de dépasser les législations nationales pour élaborer des principes cohérents, susceptibles de fonder le droit européen ou international des contrats de demain. En d'autres termes, il s'agit de parvenir à élaborer une synthèse distincte de tout système juridique existant, sans avoir à rechercher le plus petit dénominateur commun à la matière concernée, comme c'est souvent le cas dans les négociations des conventions internationales. Ainsi, l'oeuvre accomplie représente non seulement le fonds commun des systèmes européens mais « un progrès par rapport à ce fonds commun » ou encore une « formulation moderne de la *lex mercatoria* ». Il en va différemment de l'avant-projet de code européen des contrats, dont le principal modèle était le Code civil italien de 1942, doublé d'un projet de *Contract code* rédigé, au cours des années 70, par McGregor à la demande de la *Law Commission* anglaise, en vue de l'unification - non encore advenue - des droits des contrats anglais et écossais.

En raison de leurs dénominations respectives, une distinction d'ordre géographique est parfois faite entre les Principes européens et les Principes Unidroit : tandis que les premiers s'appliqueraient aux contrats en Europe

(internes et transfrontaliers), les seconds viseraient les contrats internationaux. Cependant, il n'existe dans ces textes, dépourvus de force obligatoire intrinsèque, aucune clause d'application géographique. En revanche, une autre différence doit être relevée : tandis que les Principes européens visent tous les contrats, y compris ceux conclus avec des consommateurs, les Principes Unidroit ont pour objet les seuls contrats du commerce international et sont donc moins protecteurs de la partie faible.

Ces codifications, très proches l'une de l'autre, poursuivent les mêmes objectifs à l'échelon international ou européen, à savoir :

- faciliter le commerce international ou renforcer le marché unique grâce à une infrastructure générale sur laquelle pourront s'appuyer les mesures communautaires particulières en matière de contrats ;
- constituer une loi-modèle, source d'inspiration pour les législateurs (déjà, elles ont inspiré de nombreux législateurs nationaux et même régionaux) ainsi que pour les juges ;
- servir de lien entre la tradition civiliste et celle de *common law* et poser ainsi les premières pierres d'un futur code européen voire mondial des contrats ;
- offrir aux parties à des contrats internationaux la possibilité de choisir une nouvelle loi, neutre ;
- procurer aux arbitres une formulation moderne de la *lex mercatoria*.

Ces multiples *fonctions*, proclamées tant par l'article 1 : 101 des Principes du droit européen du contrat « Application des principes » que par le Préambule des Principes Unidroit, outrepassent ce qui relève de l'ordre du possible. Ainsi par exemple, en l'état actuel du droit positif, les parties qui désigneraient l'une de ces codifications en tant que loi applicable à leur contrat ne pourraient pas faire sanctionner ce choix par un juge étatique.

Y aurait-il alors une tentative illégitime de prise de pouvoir de la doctrine ? En guise de réponse, rappelons que ces codifications n'ont d'autorité que persuasive, comme toute oeuvre doctrinale. Peut-être prépareront-elles la voie à des codifications officielles, mais cela dépend, bien davantage encore que des données intrinsèques tenant à la qualité des Principes, de facteurs extrinsèques : avant toute chose, il faudrait une volonté politique forte en ce sens.

Parfois, les Principes empruntent leurs solutions à tel ou tel système national et pratiquent le métissage juridique ; d'autres fois, ils s'inspirent étroitement de la Convention de Vienne relative à la vente internationale de marchandises. A l'occasion de la confrontation du modèle contractuel français aux Principes européens, les antagonismes se sont révélés moins profonds que ceux prévus ou redoutés. Par endroits, l'avant-projet français de réforme du droit des obligations et de la prescription fait même état de certaines dispositions des Principes européens dans lesquelles l'inspiration a été puisée. Un travail comparatif à double sens est actuellement mené (des droits nationaux aux codifications et des codifications aux droits nationaux), avec pour effet vertueux de nourrir, de part et d'autre, des propositions d'améliorations.

Ces codifications constituent des oeuvres rationnelles qui reflètent, si ce n'est le *jus commune* d'autrefois, du moins l'opinion commune de juristes issus des traditions les plus variées. A ce titre, elles font parfois l'objet d'enseignements universitaires spécifiques. Les ouvrages de droit interne français s'y réfèrent désormais. Leur rayonnement académique est en marche. En revanche, force est de constater qu'elles demeurent encore assez méconnues de la pratique. Serait-ce le signe d'une incompréhension entre, d'un côté, la doctrine et, de l'autre, les attentes des praticiens, plus concrètes ? Tandis que les uns croiraient encore aux modèles codifiés, les autres n'utiliseraient plus que les clauses et contrats-types, de sorte qu'il leur semblerait inutile d'élaborer un modèle contractuel supplétif ? S'il y a sans doute là une part de vérité, le trait est trop forcé : doctrine et pratique ne sont pas l'une à l'autre si indifférentes. Des ponts existent, notamment par la voie de l'arbitrage commercial international. Or, les arbitres connaissent ces codifications et, s'agissant des Principes Unidroit, ils s'y réfèrent même de plus en plus souvent, ainsi du reste que les avocats des parties.

Nonobstant leurs traits communs, chacune de ces deux codifications semble désormais appelée à suivre son propre destin. Ainsi, tandis que les Principes du droit européen du contrat forment le socle sur lequel pourrait s'édifier un droit européen des contrats, les Principes Unidroit exercent une influence importante dans le droit du commerce international, particulièrement dans le contexte de l'arbitrage commercial international où ils constituent une source vivifiante de droit.

3) Rés. du Parlement européen sur le droit européen des contrats, 7 septembre 2006, Strasbourg (extraits)

Le Parlement européen [...]

A. considérant que, dans sa résolution précitée du 23 mars 2006, il relève que l'incertitude règne quant aux résultats pratiques sur lesquels débouchera l'initiative en matière de droit européen des contrats ou quant à la base juridique qui sera retenue pour l'adoption de tout instrument contraignant,

B. considérant que, dans sa résolution précitée du 23 mars 2006, il demande, entre autres informations, une déclaration de la Commission sur la façon dont elle propose de tenir compte des résultats des ateliers du réseau CCR et des groupes d'étude dans ses travaux ultérieurs,

1. réaffirme sa conviction qu'un marché intérieur uniforme ne peut être pleinement opérationnel sans de nouveaux efforts d'harmonisation du droit civil;
2. rappelle que l'initiative concernant le droit européen des contrats est la plus importante qui soit en cours dans le domaine du droit civil;

3. est résolument favorable à une approche axée sur un CCR élargi qui porte sur des questions générales de droit des contrats, allant au delà du domaine de la protection des consommateurs;
4. souligne que, outre les travaux relatifs à la révision de l'acquis dans le domaine de la protection des consommateurs, il convient de poursuivre les travaux concernant un CCR élargi; invite la Commission à mettre en oeuvre le projet relatif à un CCR élargi, parallèlement aux travaux liés à la révision de l'acquis dans le domaine de la protection des consommateurs;
5. souligne que, même si l'objet et la forme juridique définitifs du CCR ne sont pas encore clairement établis, les travaux relatifs à ce projet devraient être exécutés de manière adéquate, en tenant compte du fait que le résultat final à long terme pourrait être un instrument contraignant; estime qu'il convient de maintenir ouvertes toutes les options possibles pour ce qui est de l'objet et de la forme juridique d'un futur instrument;
6. invite la Commission à tenir compte de la perspective à long terme d'un CCR lors de la présentation de nouvelles propositions législatives;
7. invite la Commission à associer en permanence le Parlement aux travaux concernant le CCR [...].

4) G. CORNU, « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », *Recueil Dalloz*, 2002, pp. 351-352

Un code civil européen qui viendrait se substituer aux codes civils des Etats serait, sur la tête des citoyens, comme un acte de spoliation, un empiètement, en chaque Etat, sur le domaine de la société civile, en violation du pacte de non-ingérence qui, dans la construction de l'Europe, garantit à chaque cité la jouissance de sa constitution civile. Le respect de cette sphère d'intimité est un minimum non négociable. Le droit communautaire excelle dans l'approche ponctuelle de techniques spécifiques. Ses harmonisations sélectives sont utiles. Qu'elles demeurent périphériques. La confiscation d'une force centrale n'est pas son affaire.

Le rappel de ces bornes n'est pas la revendication d'une exception française, mais un principe commun, bienfait offert à tous. Les codes civils qui ont fleuri en Europe plus tardivement que le nôtre méritent même respect, vus d'un oeil étranger. Cependant, il appartient à chaque Etat de le voir ainsi ou autrement. Les codes n'ont pas nécessairement la même place dans l'histoire des nations. C'est pourquoi nous raisonnerons ici, sans invoquer de privilège, sur le code civil français que des raisons vitales (non exclues ailleurs, pour certaines) commandent de laisser hors de la mêlée. Irréductible à une réglementation, le code civil est un monument du droit français parmi nos références primordiales. Qui, honnêtement, voudrait l'indécence de l'évincer par un instrument communautaire ? Son bicentenaire n'est pas un requiem. Il y a quelque douceur présente, et non pas nostalgique, à évoquer ces évidences qui, au-delà de l'hommage au chef-d'oeuvre, sont au fond des esprits.

La question est d'abord linguistique (et culturelle). Elle ne nous est pas propre. A chaque Etat de dire ses lois dans sa ou ses langues, avec le soin qu'il y mesure. Le code civil français, en son oeuvre, ne peut être pensé puis écrit qu'en français, notre unique langue. Qu'on n'objecte pas qu'il s'agirait d'un code civil européen. A ce sophisme, on répondrait qu'un droit civil mis en suspension dans un droit de coupage à l'intention des Français défaillerait s'il lui manquait, à sa source, une expression native en français. Notre langue est notre mère. Il n'y a pas de langue européenne. La loi française ne peut être que la fille de la langue française. L'affirmation est constitutionnelle. La langue de la République française est le français. Si la justice en France est rendue en français, comment la législation pourrait-elle ne pas être élaborée, en sa version originale, dans la langue française ? Imaginerait-on que les lois civiles ne fussent désormais, chez nous, que la traduction de textes façonnés par des groupes d'experts majoritairement étrangers, et, le plus souvent, dans une langue de travail autre que le français ? Passe encore - comment y échapper ? - que des réglementations technologiques, souvent criblées de chiffres, traversent une langue de communication. Le code civil et tous nos textes majeurs qui ont une charge conceptuelle sont de langue de culture. Ils attendent des écrivains, non des scribes.

Que, de tous les pays intéressés, juristes et jurilinguistes, chercheurs et traducteurs s'assemblent pour comparer sereinement les notions, les démarches, les solutions. Impartiaux et désintéressés, qu'ils oeuvrent scientifiquement.

Leurs colloques sont doctrinaux (et on le souhaite plurilingues). Mais ils n'ont pas mandat, surtout si leurs travaux sont subventionnés, pour échafauder en chapelle, dans un langage approximatif, des avant-projets de commande, souvent issus des concessions de la lassitude et d'un mot d'ordre d'avancer, moyennant une déperdition linguistique et un déficit intellectuel. Le droit comparé est libre. Sa liberté induit celles des emprunts qu'on y glane au travers des spéculations qu'il stimule. Sur toutes les données de la législation, dont les apports comparatifs, il appartient à chaque Etat, en son sein, de reprendre la réflexion et la plume, de prendre et de laisser, de s'attacher, dirait-on, à l'alchimie de l'écriture après avoir erré au labyrinthe de la pensée. Si le gouvernement et le Parlement abdiquaient cette autonomie linguistique, ils trahiraient les citoyens.

Une autre raison tient au corps de nos lois. Elle nous est particulière. On entend indifféremment parler de code civil européen ou de code européen des contrats. Faudrait-il comprendre qu'un code des contrats aurait un titre à être dit code civil ? Ce démantèlement de notre édifice civil serait un abandon grave. En France, le code civil est un. Il ne sépare pas les personnes et les biens, les contrats et les délits, les obligations et les sûretés, il y unit même la famille que son droit patrimonial rattache au droit du patrimoine en général et ses multiples pactes et conventions au droit commun des contrats. Le code civil français forme un tout. D'autres partis - qui ont leurs mérites - prévalent, on le sait, en d'autres législations. La France a mis tant de soins, depuis la Révolution française, à forger avant beaucoup d'autres sa conception de la codification des lois civiles pour qu'elle sacrifie le capital de réflexion qui a fait mûrir

l'oeuvre législative. Elle tient pour essentiel que l'harmonie règne entre les composantes du code, qu'on la nomme cohérence, cohésion, unité de style ou de pensée. Les notions juridiques n'y sont pas posées pour l'interprétation d'un texte mais rayonnent dans l'ensemble du système juridique. Cette approche globale est, fondamentalement, ce qui fait que le code civil n'est pas une régulation économique. Il serait mutilant de le vouloir seulement ordonné - fût-ce par fragments disjoints - « au bon fonctionnement du marché », référence maîtresse du droit communautaire. Dans l'esprit de nos lois, le droit civil part, en toute matière, patrimoniale ou extrapatrimoniale, du faisceau des critères et du concert des valeurs qui, dans tous les ordres, se croisent, se relativisent et se modèrent mutuellement. L'harmonie est sa pierre angulaire, l'équilibre sa mesure, la liaison sa loi. On ne voudra pas ramener à un attachement formel cette quête radicale. C'est le principe même de la législation, toutes choses considérées. Voudrait-on faire table rase de cette façon de penser ?

Dans la même perspective fondamentale, se dresse ce que l'histoire a fait de notre code. Il a, par elle, accompli son passage. Il est entré dans les moeurs. Hier loi écrite, aujourd'hui droit vivant. Selon le mot lumineux de Jean Carbonnier, le code civil est devenu la coutume générale de France, notre coutume, notre costume, l'habit des citoyens, le droit qu'avec le temps les citoyens habitent familièrement. On n'imagine pas quelle légèreté songerait, dans l'aveuglement, à changer ce droit venu en eux pour des normes venant d'ailleurs, à chasser un patrimoine par une importation, un droit de haute futaie par des plantes en pot. Le code n'est pas un musée mais une maison, non un château, dit-on, que l'on visite, mais une demeure où l'on vit. L'inviolabilité de ce domicile, lieu de principal attachement, lui vaut quelques égards. On laissera à ceux qui ont, sur les yeux, des écailles, d'applaudir aux symboles qu'on abat et aux vies que l'on trouble. Que les forces citoyennes, résistances paisibles, et les vigilances doctrinales tiennent en échec le prurit invasif de la technocratie et que l'histoire dégonfle l'utopie. Serait-ce faire au poids du présent, sous celui de passé, une part excessive ? C'est tout le contraire qui s'est produit. Le code civil n'a pas vécu crispé sur lui-même. Dans un passé récent, il a connu d'amples et profondes transformations. De 1964 à 1975, un florilège de lois fondamentales ont, au sein même du code, insufflé au droit civil une vitalité nouvelle, accomplissant en lui la réforme de la tutelle (1964), des régimes matrimoniaux (1965), du droit des incapables majeurs (1968), de la puissance paternelle muée en autorité parentale (1970), de la filiation (1972), du divorce (1975), monument dans le monument, souffle des idées fortes, égalité des époux, égalité des parents, égalité de principe de tous les enfants, chance donnée à nos aspirations, ouverture aux avancées des volontés privées sous la sauvegarde de valeurs essentielles, miroir tendu à la pluralité des situations, normales ou critiques, à la mesure des choses, graves ou courantes, tradition respectée, rénovation active, pensées refondatrices rehaussées d'inventions linguistiques, capital intact d'où vient encore - dans la gratitude on le souhaite - un grand élan de lettres doctrinales. La forme et le fond ont ensemble fait germer un art législatif exemplaire sous lequel perce, en pointillé, bien au-delà du domaine relabouré, un droit civil nouveau à extrapoler. Sait-on suffisamment, ici ou là, que ce bain de jouvence marque un point d'excellence dans l'histoire de la législation civile ? Pourquoi ne dit-on pas que le fruit de cette période non encore médiatisée fut une révolution tranquille ?

Or, justement, jamais, dans ce moment, le droit français n'a conçu d'ambition pour autrui, seulement appliqué à se réformer lui-même. La méconnaissance de cette oeuvre puissante et discrète relève de l'inculture. Les pressions contraires qui la compromettraient seraient mal éclairées. Que le grief d'arrogance, s'il est, dit-on, avancé, se retourne contre ses auteurs. Car la seule arrogance du code civil français est celle de l'agneau de la fable dans le discours du loup, pouvoir encore un peu s'abreuver à sa source, sans subir qu'elle soit submergée et noyée par un déluge d'eaux venant de toutes parts, sans barrage ni filtre. L'unitarisme communautaire serait une entreprise réductrice, récessive et pour tout dire totalitaire, l'obsession fusionniste une aberration culturelle. Enfermée dans l'objectif du tout uniforme, la religion unique qui s'y complairait - le diabolisme du pouvoir aidant - aurait passé les bornes de sa légitimité et de la raison. En scellant l'unité de l'Europe sous des rapports pertinents que nous savons économiques, monétaires, financiers, douaniers et, en partie, dans tant d'autres domaines, elle en méconnaîtrait une autre composante essentielle, la diversité historique des assises civiles qui font que, en chaque peuple où s'affirme leur personnalité, les citoyens, en accord d'identité, respirent librement.

5) T. KADNER GRAZIANO, « Le futur de la codification du droit civil en Europe : harmonisation des anciens Codes ou création d'un nouveau Code ? », 2004 (extraits)

[...] Pour en revenir à la question de savoir s'il faut harmoniser les anciens Codes ou créer un nouveau Code européen du droit contractuel, il semble que les exemples cités plaident en faveur d'un tel Code européen. Ni le choix entre les différents droits nationaux (et donc le DIP), ni une harmonisation des anciens Codes ne trouvera véritablement de solution aux problèmes de la surprise et de l'insécurité juridique.

Si ce nouveau Code prenait comme modèle les Principes Lando, les surprises qui ont leur origine dans les particularités des droits nationaux et qui sont autant de facteurs d'insécurité, de risques et de frais, seraient évités. Les Principes seuls sont adaptés aux besoins des acteurs transnationaux. Avec la croissance du commerce transfrontalier, le besoin d'un droit contractuel adapté au commerce transnational se fait et se fera sentir de plus en plus.

II. Alternative ou coexistence ?

Un tel Code européen constituerait-il une alternative aux anciens Codes nationaux en les remplaçant (par exemple les Principes Lando deviendraient le nouveau droit contractuel européen) - ou les anciens Codes et un nouveau Code européen pourraient-ils coexister, avec un champ d'application du Code européen limités aux

situations transfrontalières ?

1) Les arguments en faveur du remplacement des droits contractuels nationaux par un Code contractuel européen
Plusieurs arguments plaident pour le remplacement des anciens Codes par un nouveau Code européen.

En premier lieu, l'argument de la simplicité et celui de l'efficacité s'imposent. La coexistence de plusieurs systèmes est considérée d'emblée comme un « facteur de complications ». Enseigner, étudier et appliquer un seul système serait plus simple et plus efficace qu'enseigner, étudier et appliquer 1) le système des anciens Codes pour les relations internes, 2) le Code européen pour les contrats européens transfrontaliers, 3) un troisième système de droit contractuel pour les relations extra européennes (système constitué par la Convention de Vienne), 4) et un quatrième système, cette fois de droit international privé (et constitué par la Convention de Rome I), pour les cas qui restent en dehors des trois premiers systèmes.

La possibilité de se retirer du Code européen (ou encore *opt out*) pour choisir un droit national à sa place, diminuerait, dès le départ, l'importance de ce nouveau Code. Les expériences qui ont été faites avec la Convention de Vienne dans certains pays, comme l'Allemagne ou la Suisse, demeurent en la matière peu encourageantes et montrent que les parties se retirent (ou *opt out*) systématiquement du droit uniforme pour choisir un droit national.

Limiter le champ d'application d'un Code contractuel européen aux contrats transfrontaliers aurait, d'ailleurs, le curieux effet de réserver le système de droit privé le plus moderne d'Europe aux seuls faits internationaux.

Un autre argument établit que seul le remplacement des anciens Codes par un Code européen serait conciliable avec l'objectif d'un grand marché intérieur. Ce marché appellerait les mêmes règles quel que soit le lieu d'établissement des acteurs, que ceux-ci soient installés à l'intérieur d'un Etat, ou de part et d'autre d'une frontière.

Les diverses familles de droit étant dans un processus de dissolution, le rayonnement des anciens Codes sur le monde appartiendrait au passé. Ainsi, est avancé l'argument selon lequel l'alternative d'un Code contractuel européen, fruit d'une coalition de cultures pourrait aujourd'hui plus aisément rayonner hors d'Europe.

Malgré tout, il ne faudrait pas surestimer la valeur culturelle des anciens Codes, le droit contractuel n'étant pas non plus une spécificité culturelle comparable au folklore.

En dernier lieu, et comme ultime argument en faveur du remplacement des anciens Codes par un nouveau Code, il semble que la délimitation des champs d'application des Codes nationaux et d'un Code européen serait particulièrement compliquée et difficile à réaliser.

2) Les arguments en faveur de la coexistence des différents systèmes de droit

Plusieurs arguments plaident donc en faveur d'un remplacement des anciens Codes par un nouveau Code, pour autant que la nécessité d'un tel Code soit établie. Et pourtant, la coexistence des Codes nationaux avec un Code européen semble être la solution la plus préférable, et ce même à long terme.

La solution de la coexistence part de l'idée selon laquelle les anciens Codes continuent de s'appliquer aux situations internes et perdurent sur le plan national, alors que le but principal du Code contractuel européen est de pallier le traitement insatisfaisant des opérations transfrontalières.

Dans un système de coexistence, les parties pourraient soumettre une transaction interne aux règles du Code contractuel européen (*opt in*) ou soumettre un contrat transfrontalier à un droit national (*opt out*) [...].

La proposition de la coexistence des systèmes se présente a priori comme la solution la plus réaliste : les législateurs nationaux cèderont plus facilement leur compétence sur une matière clé du droit privé si cette perte de compétence se limite à des questions transfrontalières. Sur ce point, le succès de la Convention de Vienne est particulièrement éloquent.

De plus, les voix qui réclament le remplacement des Codes nationaux par un Code européen sont toujours plus fortes dans certains pays que dans d'autres, dans lesquels on remarque une grande réticence à l'égard de l'abandon des anciens Codes.

Un autre avantage notable de la solution de coexistence est qu'elle évite le choc culturel de la perte des codifications, qui, dans certains pays, sont considérées comme faisant partie du patrimoine culturel. D'après l'avis de Jean Carbonnier, partagé par de nombreux auteurs en France, la « véritable constitution » de la France, « c'est le Code civil ». Selon ces auteurs, le Code civil garde le thesaurus, il est la grammaire même du droit français.

Sur le plan européen, nous ne pouvons pas, et nous ne devons pas ignorer le rôle et les valeurs symboliques et culturelles que détiennent certaines codifications nationales, comme le Code civil français, et qui sont d'un tout autre ordre que le rôle du BGB dans la société allemande par exemple [...].

La proposition de la coexistence évite de perdre (en partie) une codification qui a influencé toute une famille de droit. Il est vrai qu'aujourd'hui les familles de droit ne jouent plus le rôle qu'elles occupaient au XXème siècle. Et pourtant, le Code français et le droit anglais ont toujours un rayonnement bien au-delà de l'Europe; le droit civil de ces pays est un lien qui unit encore les ordres juridiques des familles de droit [...].

La coexistence des solutions permet à la fois de répondre à ces préoccupations et de participer, avec le Code contractuel européen, à la quête de solutions modernes, favorisant ainsi à nouveau le rayonnement de l'Europe au-delà de ses frontières.

Dans les relations transfrontalières, le besoin de nouvelles règles est d'autant plus pressant. Par ailleurs, ce besoin ne se fait sentir que dans ces situations [...].

Un autre argument dans ce sens est le caractère même du droit européen - et de l'Europe. C'est la diversité qui fait l'Europe, ce sont les différences, la tolérance et l'appréciation de la diversité qui nous unissent.

Il est vrai que tant que l'on ne parvient pas à l'organiser, la diversité du droit privé est propice au morcellement, aux complications et, sur le plan européen, constitue une faiblesse.

Le grand défi aujourd'hui est effectivement de rationaliser la diversité du droit privé européen.

La coexistence des systèmes serait un moyen d'atteindre ce but [...]. De plus, la coexistence des solutions nous permettrait de continuer à développer et à « tester » ou expérimenter différentes solutions dans les différents pays (et de garder ainsi le fameux « effet de laboratoire de réformes juridiques » qui est si souvent et à juste titre décrit comme la grande force du droit privé aux Etats-Unis d'Amérique) [...].